72



DEFENSA JVRIDICA

POR EL

MARQVES DE CASTROMONTE,

VECINO

DE LA CORTE DE MADRID,

EN EL PLEYTO,

CON EL CONDE DE CANTILLANA:

SOBRE

LA INCOMPATIVILIDAD, DE DOS MAYORAZgos, que obtiene actualmente dicho Conde, y de vèr elegir uno de ellos, para que entre, en la posecion, de el otro, el Marquès: y à consequencia de esto, que se confirme la sentencia del Juez Ordinario, y reforme la de vista, pronunciada en dicho Pleyto.

A

CLAVSVLA I.



ECLARAMOS, QVE SI SVCEdiesse caso (lo que Dios no quiera) que este nuestro Mayorazgo principal, por fallecer el dicho Don Juan, nuestro hijo, y otro qualquier nuestro hijo Varon, que tubieremos sin hijos, ni descendientes, ò por otra causa se juntare, y viniere à juntar con el dicho Vinculo, que havemos fecho, ò con otro que hicieremos en la dicha Doña Bernardina, nuestra hija, para que ella, y sus descendientes sucedan en èl haviendo efecto el dicho Matrimonio por cuyo respecto, le hicimos el dicho Vinculo, è asignacion de legitima, ò no lo haviendo el marido, con quien la dicha nuestra hija casare, tubiere otro Mayorazgo; queremos, y ordenamos, que este dicho Mayorazgo principal, que ahora instituimos no se pueda, ni ha de poder juntar con el de la dicha cassa de Gelves, *ni con otro alguno*, sino fuere en caso, que la dicha Doña Bernardina, nuestra hija, tenga un sòlo hijo, ò una sola hija: Por que el tal (durante su vida) podrà poseer ambos Mayorazgos, y teniendo mas que un hijo Varon entre los Varones ha de elegir el mayor de ellos, dentro de treinta dias, que se le difiera la sucesion de ellos, en qual de los dos Mayorazgos, ò en este, ò en el otro quisiere suceder, renunciando con efecto el que no quisiere en favor de el otro su hermano segundo: Y entre Varon, y hembra queremos que elija, dentro de los dichos treinta dias de los dichos dos Mayorazgos el que quisiere para el, y sus descendientes, y el otro Mayorazgo quede para la hija, y los suyos, y no eligiendo dentro de los dichos treinta dias, ò diciendo, que no puede elegir por tener otro Mayorazgo, à que forzosamente es llamado, como mayor, ò por otra qualquier causa, razon, ò excusa. Nosotros desde luego llamamos para este nuestro Mayorazgo, à el hermano segundo si

obies

obiere mas que un Varon; y haviendo Varones, y Hembras, prefiera el Varon à la Hembra, y si el tal Varon que ha de preferir eliguiesse el otro Mayorazgo, y no tubiere hermano Varon, sino es Hembra; la tal Hembra queremos que suceda en dicho Mayorazgo, *y esta division se haga perpetuamente para siempre, en todos los Sucesores*, en tal manera, que cada, y quando suceda no haver mas que un hijo, ò una hija del ultimo Poseedor, que el tal hijo, ò hija haya de suceder en dos Mayorazgos, despues de sus dias se vengan à apartar en los hijos, ò hijas, que tubiere haciendo la dicha eleccion dentro del dicho termino, y prefiriendo el mayor à el menor, y el Varon à la Hembra, segun que lo havemos declarado, y andando siempre dividido, y apartado este nuestro Mayorazgo de el de la Cassa de Gelves, y de otro qualquiera, segun dicho es. Siempre vaya por linea recta de Varon, y à falta de Varon suceda Hembra, y asi el uno à el otro perpetuamente prefiriendo siempre el mayor à el menor, y el Varon à la Hembra, aunque ella sea mayor. Y siendo legitimos, de legitimo matrimonio nacidos, ò legitimados por subsiguiente matrimonio, segun que lo havemos dispuesto, y ordenado en el dicho Don Juan, nuestro hijo, y en sus descendientes, y en los otros hijos Varones, y en los descendientes de ellos.

CLAUSULA II.

Y No la haciendo, ni queriendo hacer dentro del dicho termino, por qualquier causa, razon, ò excusa suceda en este dicho Mayorazgo, y en todos los bienes, y Rentas de èl, el hermano segundo de el tal mayor, ò la hermana Hembra, que huviere, no siendo mas que un Varon, ò una Hembra, segun lo tenemos dispuesto, *sin que se requiera para ello otra sentencia, ni declaracion.*

CLAVSVLA III.

Y En caso; que en el hijo mayor concurra sucession de dos Mayorazgos, ò mas, dentro de treinta dias elija el uno de ellos, y otro passe à el hijo, ò hija segunda, y no lo haviendo pueda poseer el tal hijo mayor ambos Mayorazgos en su vida, y despues de ella se dividan, y aparten, *y esto se guarde para siempre todas las veces, que sucediesse.*

INTRODVCION.

ES justificado empeño, no permitir en un Poseedor dos Mayorazgos: cuyo concurso resistiò la voluntad del Fundador, notoriamente explicada por una Real incompativilidad. Y aunque estos recursos incluyen para el Actor el particular interès, que produce su legitimidad para la instancia; influye beneficio igual en justicia, à el sujeto, à quien la demanda se termina: porque es evidente utilidad ceñir las facultades, y combeniencias à lo que permite el imperio de la razon (*cap. bonorum distinc.* 47. *Bonororum autori inhærere aliter non valemus, nisi cupiditatem à nobis (quæ omnium malorum radix est) abscindamus.*) Y siguiendo esta por el mas seguro norte la suplica interpuesta de la sentencia de vista, se exponen por el Marquès de Castromonte los motibos, en que se sufre su recurso reducidos à dos expressiones. En la primera resultarà evidenciada la incompativilidad, y su naturaleza. En la segunda se acreditarà, que los reparos, y objeciones, opuestas por el Conde de Cantillana son extraños del assumpto, è improporcionados para su defenza.

EXPRECION I.

ES general documento, ò rubrica en la materia de incompativilidades, que estableciendo el Fundador, que el Mayorazgo no se una con otro, es la incompativilidad Real, produciendo el efecto tan poderoso, como preciso, de que no pueda obtener, el que este qualificado con esta qualidad Poseedor alguno, que goce otro Mayorazgo: *Nam quando institutor, probivuit ne majoratus ab eo institutus jungi possit, nec concurrere cum allio veluti si absolute dicat: que el Poseedor de su Mayorazgo no pueda tener otro, y que si lo tubiese passe al siguiente en grado: tunc manifiesta est ejus volumptas, quod nullo tempore voluit, quod ambo majoratus apud unum successorem concurrere valeant, neque ullo spatio temporis confundatur, vel obumbretur, sive memoria nomen, & arma imo quod ejus majoratus, semper solus, & separatus ab allio reluceat, cum absoluta sit ejus probivitio, & incompativilitatis ratio. Roxas de incomp. part. 8. cap. 9. num. 17. cum. D. Larrea decis. 52. num. prim. & D. Castillo lib. 5. cap. 179. & part. 4. cap. 2. num.* 14. ibi: *Quia ad hoc ut sit apposita in rem nesse erat quad dixiset, quod suum prigenium non concurrere cum allio apud eundem possesorem: Sive dicat majoratus, à me institutus cum allio simul non jungatur, aut uniatur num.* 34. Y lo literal de la clausula, que và puesta por exordio, expecificò tanto la voluntad del Fundador, que dominando toda duda, graduò por evidente el concepto à favor de la incompativilidad: Pues con duplicadas expresiones previno, que siempre andubiesse este Mayorazgo dividido, de el que toca à la Cassa de Gelves, y de otra qualquiera, y que esta divicion se hiciesse ibi: *perpetuamente para siempre en todos los Sucesores.* Y haviendo el Fundador procedido tan cuidadoso, como expecifico, en resistir la union, ò concurso de el Mayorazgo, con otro, en un mismo sujeto; es ilacion fundada, que la oposicion de el Conde, no debe ser atendida, como totalmente opuesta à lo que la fundacion documenta.

Si

Si la clausula no resultara tan explicativa del deseo del Fundador, y experimentara fundada duda en su inteligencia procederia sin embargo protexida en justicia la instancia del Marquès de Castromonte: pues en la question, que los practicos suscitan en assumpto de si es favorable, ù odiosa la incompativilidad es comun resolucion, que ha de atenderse, como favorable, y asi està la presumpcion, è interpretacion exforzando su existencia: pues mirando, como parcial, ò total respecto (segun lo circunstanciado del assumpto) el que los emolumentos se proporcionen haciendo participes à otros. *D. Solzan de indiar. guvernat. tom. 2. lib. 1. cap. 4. num. 24. & lib. 2. cap. 5. num. 83. & 84. His communicare oportet, omnes dicant, omnium participantes, & ex ipso vibere, & non hunc quidem ditescere, illum autem misserum esse, sed unam faciam communem omnibus vitam, & hanc equam.* Y que no se esperimente el perjuicio, de que recayendo en uno todas las combeniencias, el otro caresca de las precisas; y siendo objecto de estas fundaciones el conservar el explendor en las familias pudiendo lograrse el fin apetecido en dos sea privativo de uno: Y conociendo inpractible mantenerse la nobleza valor, ni aun la virtud sin los medios, que con su assistencia la conservan, y con su retiro la devoran, y destruyen *Roxas part. 3. cap. 5. num. 13. Vnde diximus quod propter diminutionem bonorum, seu paupertatem, sequitur diminutio existimationis, & honoris ley 2. versic. quid enim. C. quando, & quibus quarta pars. debeat lib. 11. Et Senec. in epist. 116. lib. 21. Vbique tanti quisque quantum habuit fuit.* Por estas, y otras causales prevalece, por la incompativilidad en los assumptos dudosos, el que se tenga por cierta *Roxas part. 4. cap. 2. num. 28.* ibi: *Sexto, & ultimo hæc causa incompativilitatis ac prohivitio concursus unius cum alio majoratu favorabilis est, & non odiossa: patet ex leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. in princ si quidem redundat in favorem Reipublicæ communis, ac privatæ utilitatis. Favor publicus quatenus publicam utilitatem, & familiæ conservationem respicit; hoc enim favoravile est, & ampliandum: Et favor privatus, quia quatenus versatur jus utile primogenituræ late devet interpretari cum solum tunc agatur*

tur

tur de virtute comprehensiva (y concluye con esta ilacion) *ergo in hoc casu devet dari repetitio, & quo ad omnes vocatos extendi prohivitio concursus unius majoratus cum allio D. Castillo lib. 5. controv. cap. 181. D. Jon. Bapt. de Larrea decis. 51.* Y sino pudiera hacer declinar el recurso, ò derecho del Marquès la falta de extencion, que padeciesse la clausula para formalizar el concepto bien puede con sugecion à los Autos expressarse, que la justicia, en que se funda la demanda puesta contra el Conde de Cantillana passò de los meritos precissos para el buen exito: pues siendo para el suficiente la duda; la causa, y produce una evidencia, y esta justifica el agravio, que el Marquès de Castromonte ha de monstrado en la suplica pendiente en esta segunda instancia.

No ha estimado el Marquès por objeccion admissible, à el menos estimable en el concepto juridico que Don Juan Antonio Corzo Vicentelo, Fundador, insinuasse la prohivicion, ò incompativilidad en la persona de Doña Bernardina, su hija, y para con el Mayorazgo de la citada Cassa de Gelves: pues lo expuesto, y fundado sobre la existencia de la incompativilidad procede, milita, y se amplia del caso, en que el Fundador explicò la prohivision absoluta, à el en que Nominatim la dispuso en uno de los llamados, ò Sucesores, como se verifica haviendo dispuesto, que si Ticio sucediesse en tal Mayorazgo, haga transito el que dexa fundado: pues en qualquier modo colocada la disposicion, ò clausula inductiva de la incompativilidad, relacionesse à el primero, segundo ò tercero llamado; es tanta su eficacia, que sin variar su essencia estos accidentes, constituye realmente el Mayorazgo incompatible impidiendo el obtenerlos un proprio Poseedor. *Roxas ubi supra part. 4. cap. 2. num. 36.* ibi: *Ex his itaque venit amplianda resolutio, hujus nostræ sententiæ ac Dom. Castillo cap. 181. (in 5. controv.) & D. Larrea decis. 51. etian si institutor non solum concipiat prohivitionem præcipiendo absolute, quod suum primogenium non jungatur cum allio, vel tali primogenio; sed, & si jungat prohivitionem nominatim uni ex vocatis sue successoribus præcipiendo quod si Petrus v. g. succedat in tali*

primogenio ; quod suum primogenium ad sequentem in gradu transeat, & *num.* 37. ibi: *Secundo ampliatur*, & *si non primovocato*, & *in prima clausula in jungatur dicta conditio aut prohibitio unionis seu concursus sui majoratus cum allio; sed secundo, vel tertio vocato, vel in clausa secunda, vel intermedia posita sit*, & *n.* 39. Y no haviendo semejantes meritos, que coadjuben la pretencion, y concepto del Conde, es claro, y fundado el derecho del Marquès.

Esta refleccion desde luego se contexta ser extraña del assumpto, en que se sufre la controversia, ò judicial disputa, quedando manifestado, que el Fundador, no dexò su voluntad sufraganea à interpretaciones, ò dudas, por que apetecia mas, el que se obedeciera, que no impugnara su disposicion: Mas estas, y otras pruebas havilita la experiencia, de que no hai seguro asylo, ò medio para la quietud, quando la turba, y consterna la violencia, ò suposicion, aunque esta terminara sufocada, por los proprios medios que la confiaban triumphadora. Si las expresiones del Fundador, hablan con todos los Sucesores perpetuamente, y con otro qualquier Mayorazgo (como lo clausulado lo acredita) por donde el Conde questiona lo què la notoriedad publica? Y assi, ò ha de fomentar nuebas reglas à la incompativilidad, ò convencido conceder, que con total resistencia, y obligacion en justicia, està desfructando los dos Mayorazgos, no pudiendo de ellos ser, en un proprio tiempo justo Poseedor.

En las fundaciones de Mayorazgo es tan frequente, como regular, procurar los Fundadores conservar la possesion, y goce de ellos en el Varon, admitiendo Hembra solo en terminos precisos, y mas quando procedieron con la amplia havilitacion, que confiere la real facultad, como obraron en este hecho los Fundadores, y previniendo el caso de haver Varon primogenito, en quien otro Mayorazgo concurriera, sin hermano segundo, en quien recayera este circunstanciado con la incompativilidad les prepondera mas evitar la union, y que continuasse dividido, que no el que entrara à gozarlo la hermana por no haver Varon, y que en esto se observase, y procediesse, como

en materia decidida; ò exempta de toda duda ibi: *Sin que se requiera para ello otra sentencia, ni declaracion.* Afianzando esta insinuacion el deseo, de que perpetuamente se observase, y por motivo alguno descadeciesse la separacion total de este Mayorazgo con otro alguno: pues ni aun la qualidad prelativa de el Varon les fue motivo para consentir lo contrario.

Por no haver en el Conde actual de Cantillana riesgo, de que se confunda su familia, y obscuresca su calidad con la de otra cassa distinta, puede discurrirse faltar el respecto de la separacion: Pues afianzando por ahora este incombeniente, à que no es questionable mira la incompativilidad, que los Fundadores disponen *Meirez de majoratu part. 2. quest. 4. illat. 8. num. 93. & 94. & 120. D. Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. num. 29. D. Castillo lib. 5. cap. 160. num. 6. & cap. 178. num. 15. & 181. num. 8. & lex. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* Parecerà ser consiguiente no tenga efecto la separacion por faltar la causa, ò su influxo, y mas reflessionando, que en Doña Bernardina se discurriò proximo huviesse esta confucion por el con notado con la Cassa de Gelves, de que se hizo expecificacion en la clausula primera: Mas en el concepto de que la incompativilidad es Real, no es necesario procurar à este reparo solucion; pues sea el Mayorazgo nominado en la prohivicion, ù otra qualquiera, y hallese en las personas expecificadas, ù otras distintas, como la voluntad mirò por objecto excluir en todos los Sucesores el concurso del Mayorazgo incompatible con otro qualquiera, que fuesse indistintamente ibi: *Andando siempre dividido, è apartado este nuestro Mayorazgo de el de la Cassa de Gelves, y de otro qualquiera, y antes no se pueda, ni ha de poder juntar con el de la dicha Cassa de Gelves, ni con otro alguno, sino es en el caso, &c.* No es permissible, ni legal, que un proprio Poseedor pueda con actualidad obtenerlos, y aunque en el Conde falte el incombeniente de confundirse las familias, Armas, ò Apellidos, y este sea uno de los respectos, que causan la disposicion de incompativilidad, no es unico, ni tal se hallarà instruido, sino es parcial. *Ex traditis, & eruditis cum pluribus A. A. à Roxas*

part.

part. 3. cap. 5. causa 1. 2. 3. & 4. ex num. 9. usque ad 39. por que pendiendo del arvitrio del Fundador, no necesita titular este con mas causal su deliveracion, y assi faltando totalmente meritos, que persuadan, à que pendiò la incompativilidad establecida peculiar, y privatimente, de impedir la confucion mencionada no tiene proporcion este reparo, y se halla superado por lo evidente del concepto, que dexamos expuesto para acreditar, que la incompativilidad es Real.

Despues de haver reiterado el Fundador expressiones, que conspiran à este dictamen, limitò lo general de la prohivicion, à el caso, en que Doña Bernardina tubiesse solo un hijo, ò una hija ibi: *Porque el tal durante su vida podrà poseer ambos Mayorazgos*: y de esta prevencion, y demàs que hace para el caso de solo haver un hijo, ò hija del ultimo Poseedor, se ilaciona otra precision, no menos poderosa, para el intento, ò recurso del Marquès de Castromonte: Por que no pudiendo questionarse, que es hijo de Doña Maria Theresa Vicentelo Leca y Tolèdo, hermana del dicho Conde, hijos, que fueron ambos de Don Juan Antonio Vicentelo y Toledo, y Doña Isabèl de Silva Velasco, hallamos verificado, y terminante el caso prevenido por el Fundador, y haver dexado el ultimo Poseedor dos hijos, Varon, y Hembra: En cuyos terminos quiso, que se observase tambien la separacion, è incompativilidad deduciendose de estos meritos duplicados fundamentos para el recurso que esta parte sigue en defenza de la incompativilidad. El primero, por que la excepcion de el caso, ò casos individuales, en que tan solamente permitiò el Fundador la union, afianzan la prohivicion de ella en los demàs no exceptuados. *Vulgata lex in agris ff. de adquiriend. rer. Domin. lex ex facto §. item quero ff. de vulgar, sunt. lex cum pater §. dulcissimus ff. de legat. 2. Roxas de incompativilit. part. 8. cap. 8. num. 2. ibi: Quod procedere vul, nisi conjuges filium unicum, vel unicam filiam habeant; tunc enim filium unicum, vel unicam filiam dispensat à divisione per spatium temporis vitæ suæ, & per hoc tempus suspenditur incompativilitas duorum: sin autem unus, vel unica filia duos habeat genitos, tunc inter eos dividendi*

sunt

sunt. Lo segundo, que siendo el Conde, hermano de Doña Maria Theresa, no pudo, ni debiò haverse introducido à desfructarlo, ò tener el Mayorazgo incompatible con el otro, que tambien posee, sino es con vulneracion del derecho radicado en su hermana, y en el Marquès su primogenito, y esta intrucion, y detentacion tan violenta le constituye gravado en justicia para la restitucion integra: *Ex erudictis à D. Molina lib. 2. de primog. cap. 12. num. 20. Peregrino de fideic. artic. 11. num. 13. Meirez part. 2. quest. 4. illat. 8. num. 37. Pater Molina de just. disp. 615. num. 3. Fusario quest. 447. num. 3. per text. in leg. si heres ff. de condition. ob causam, & lex Liberto 21. ff. de annuis legatis. Roxas part. 3. cap. 1. num. 52.* Pues no se encuentra para lo que executa, ni aun la mas aparente disculpa, y no pueden resplandecer las combeniencias, en quien no las proporciona, à lo que bonifica el Fiscal interior, que es la conciencia.

Con estas reflecciones se acerca la dificultad, que ofrece la sentencia de vista: pues siendo en ella denegados los efectos de la incompativilidad, con la clausula preservativa de *por ahora* parece que afianzando lo cierto de la prohivicion, solo se estimò no ser tiempo de su observancia, porque careciesse el hecho de alguna qualidad, ò sircunstancia precisa, y no pudiendo con certeza reconocer los motivos interiores, de tan primer Tribunal, es preciso termine la obligacion evaquando lo que havilita el discurso, sin el consuelo, de si serà el motivo cierto, que influye la insinuada prevencion.

El reservar, ò suspender el efecto, ò exercicio de las acciones proviene de ser comun, que en duplicados casos se puede estar assistido del recurso, como causativo, sin la qualidad de efectivo, y esto se instruye, aun en los principios theoricos, y es frequente en los contractos sujetos à tiempo, ò dia cierto, y en otras materias: *Quod, ut notorium provatione, non indiget.* Mas si la causa eficiente de la accion es tan eficaz, que incontinenti la produce en completo, no puede regularse por semejantes reglas, ò principios: y vaxo de este supuesto ofrece nuestro assumpto, que

que siendo la incompativilidad Real, no necesita para obrar mas de recaer otro Mayorazgo en el mismo Posseedor, y que este (contrario à lo prevenido en la fundacion) los desfructe, y quiera continuar poseyendo, por haversele diferido la sucesion: Pues ocurriendo esto, y no eligiendo, dentro del termino, que la fundacion previene, por qualquier causa, razon, ò excusa (es literal de la clausula) *ha de suceder en este Mayorazo, y en todos los bienes, y rentas de èl, el hermano segundo, de el tal mayor, ò la hermana hembra, que huviere.* Por lo qual se evidencia, que en tal forma llegò à competir la accion, y recurso producido de la incompativilidad, que no necesitò de purificar qualidad alguna, para producir la divicion, ò separacion. Y por esto no puede tolerar suspencion, ni ser diferido el recurso, que el Marquès ha intentado: Pues no tiene otro respecto, ni requiere otro principio, que lo mismo, que por notorio, en el Pleyto se supone; de estar desfructando el Conde dos Mayorazgos, y ser uno de ellos, el que tiene la naturaleza de incompatible.

No ha podido el deseo auxiliado del mas cuidadoso, aunque limitado estudio, hallar en los meritos del pleyto, los que causaron suspencion, para el recurso, que sigue el Marquès de Castromonte: antes si se ha deducido de ellos, que el Conde à mas de convencido con la incompativilidad, ha perdido el derecho de eleccion, assi por la interpetacion, que causa la asignacion de tiempo, que para practicarla dispuso el Fundador, è instruye, ò avisa la clausula; como por los efectos, que produce la litis contextacion, y haver elegido en sus pedimentos el Marquès; fundandose en la contravencion, ò renitencia del Conde su Tio: *Paulo Castrns. in leg. si quis suus num. 2. ff. de jure deliverandi* ibi: *Quia fuit ei datum tempus ad deliberandum, ad instantiam substituti. Quo casu lapsus temporis habetur, pro repudiatione. Peralta D. Greg. Lopez, Ciriaco Mieres, y otros, que refiere el Aguila Adict. ad Roxas de incomp. p. 8. cap. 6. num. 7. idem Roxas ubi supra, num. 12. & part. 6. cap. 4. num. 75. en terminos de oficios, & part. 7. cap. 4. num. 28. & 129.* Y esta mayor graduacion en el recurso,

y menos asistencia de justicia; en el sujeto, à quien se termina; causa mas dificultad, para el concepto, en la clausula *por ahora*: Pues si el perder la eleccion, es preciso supuesto de la incompativilidad, los proprios fundamentos, que para lo primero documentan; para no dudar la incompativilidad convencen. Y à concequencia de estos meritos, parece, sin duda acreditada en el actual assumpto, la incompativilidad, y su naturaleza: que es lo ofrecido en la primera expressión.

EXPRECION II.

Reservamos en este lugar verificar, por inconducentes à el assumpto los medios suscitados por el Conde de Cantillana, por cuya parte se ha alegado; que si la incompativilidad es Real, no permite, que el Mayorazgo qualificado, pueda obtenerse con otro alguno, parece ocioso, que el Marquès pretenda el poseerle, quando no podrà continuar en desfructarle, por ser cierto, que obtiene otros Mayorazgos, y no ser presumible los renuncie, contentandose con el que puede resultar vacante, en la eleccion, que practique el Conde su Tio, y en este concepto el recurso ha de extinguirse por el proprio hecho de efectuarse. A esta objeccion satisface en primer lugar, la estacion, ò tiempo, en que se opone: Pues siendo cierto, que el Conde, no ha elegido como yà queda insinuado, se contiene en clase de discurso lo que havia de ser practico, para servir de dificultad, ò argumento: Y en la sujeta materia de incompativilidad, para que influya sus efectos, es preciso anteceda en el Poseedor, posession de los Mayorazgos. *Ex leg. optione legata 16. de optione, & elect. legata. Lex cum pater 77. §. à filia ff. de legat. 2. D. Molin. lib. 4. cap. 4. num. 24. Paz de Tenuta tom. 1. cap. 34. num. 25. cap. commissa de electione in 6. cap. si quis cum translatus 21. quest. 2. Ojeda de incompativ. benefic. part. 1. cap. 4. num. 15. Roxas plures referens. p. 7. cap. 4. num. 43.* ibi: *Electio sane ut notissimum est fieri non potest, si concursus vere, practice, & realiter non datur, & nisi adepta privis pacifica possesione.* Y no

es

es suficiente sea litigiosa, sino espacifica: pues siempre que por qualquier motibo, no conste estar evaquada la duda, que pueda comprovarla; esta propria contingencia indemniza à el Poseedor, para que no se le tenga por moroso, ni se halle precisado à desistirse, de los derechos ciertos, por los que penden del evento de un litigio: Y por esto en las materias beneficiales, donde se pretende la incompativilidad, para que se dè esta, en la clase, que se estima por perfecta, en las disposiciones conciliares, es essencial la posecion pacifica: *Clementin. gratiæ de rescriptis* ibi: *Alliud beneficium pacifice ac sequaris.* Con libre exercicio, y es preciso para la eleccion el concurso Real, y practico, y no anteciendo este, no puede haver eleccion: Pues la resiste la diferencia, ò disparidad de los derechos, à que se termina, y conduce para exfuerzo, la question, que los Regnicolas suscitan: *Vtrum quando in majoratu incompativili datur electio possidendi alterum, ad electionem sit compellendus ante quam vere in eadem persona majoratus concurrant, solum spe primogeniture alterius, en que el Señor Larrea decis. 52. citando al Señor Castillo, Gutierrez, Acevedo, Mieres, Tiraquello, y otros.* Refiere la decision del Pretorio Granatence substancialmente concordante con èl: *Text. in leg. si ussus fructus 14. ff. quando deis legatorum cedat* ibi: *Quamvis enim electio sit legataris, tamen non dum electioni locum esse potest, cum proponatur, aut non ilum testatorem decessiset, aut eo mortuo hereditatem non dum adita. Esse lex. cum illud 25. ff. quando deis legatorum cedat.* Por lo qual es sin eficacia el argumento propuesto, y nunca la tubiera para hacer fundada la justicia del Conde, quando esta parte, es notorio, tiene otros hermanos, à quien transitara la succecion, sin que continuara el Conde en la violencia, de estar detentando lo que no le toca.

Advirtiendo nada seguro este medio, se introduce à la tolerancia, que ha havido, en intentar esta accion, por los demàs Antecesores, con expecialidad los Padres del Marquès: Mas en esto hai dos sircunstancias, que se graduan por supuestos. El primero la omission, ò silencio, que los anteriores han tenido, y desde luego se contexta,

por

por que es censurable disputar; lo que ni aun concedido se puede conducir para dàr cuerpo à la dificultad *D. Solorzano lib. 3. politic. cap. 20. n. 382.* Pues es no se duda, que la omission en los Antecesores termina en quien la ocasiona sin transito en los Sucesores, que representan à el Fundador, y esto por notorio es el segundo supuesto: Y si el concepto del Conde es ocurrir à los efectos, que causa la observancia interpretativa queriendo que esta de regla para la actual decission, es efugio violento. Lo primero, por que qualesquier Actos, que han precedido no pueden transender, ni alterar el derecho no causado; como es el proprio, y peculiar, que contrahido assi mismo ha intentado el Marquès de Castromonte. *Ex fundatis à D. Larrea allegat. 16. per totam.* Y en terminos de Sucesor de Mayorazgo al *num. 21. 22. con D. Covarrub. P. Suarez, Mieres, y Antonio Gomez, dedusiendo de la ley final §. ud quia ff. comm. legat. & lex. 1. C. de bonis maternis.* Y tambien por que la observancia interpretiva no sirve, quando los Actos repugnan à la fundacion, instrumento, ò privilegio ibi: *Sexto tunc poterit solum observantia locum habere, quando convenit, cum privilegio ipso, & ejus instrumento allias enim si adversetur concessioni, non interpretativa, sed usurpatio dicenda est: nec tan observantia dicenda, quam in prova introductio.* Y en exfuerzo, y comprovacion de su authorizado dictamen es cita fundamentos, y Autores graves, *& his omnibus libenter omito.* Estando afianzada la exclucion de este medio, que à su favor ha discurrido la parte del Conde.

Deseando hallar disculpable fundamento, que haga menos temeraria su contradicion, propone, que Don Juan Antonio Vicentelo, nieto del Fundador del Mayorazgo principal, y Poseedor de èl, en los llamamientos, que hizo, para el segundo diò primer lugar à su hijo primogenito, y que haviendo presizamente de recaer en este el qualificado, con la incompativilldad, repugna le llamase en otro, en que por la eficacia de ella no podia lograr inclucion: Este reparo nada hace, para que decline el concepto, pues lo mas que liquida es, que Don Juan Antonio Vicentelo, no advirtiesse la incompativilidad, y este defecto no conduse

para

para hoi: Pues, ò bien procediesse con animo de alterarla, ò sin premeditacion de ofenderla; como sus Actos han de ser sufraganeos de las facultades, que tenia; y no se le pueda juridicamente conceder alguna para derogar lo dispuesto por el Fundador, afianza este conocimiento, que el reparo no tiene fuerza, ni adequacion à el assumpto, bastando para excluirle, el hecho solo de examinarle.

Ocurre el Conde para excluir la incompativilidad, à que el Mayorazgo fundado por Don Juan Antonio Vicentelo en 31. de Enero de 1642. fol. 159. se ha de juzgar caudal proprio del Mayorazgo principal, que el año de 1581. D. Juan Antonio Corzo Vicentelo, y Doña Brigida Corzo, su muger (que es que el incluye la incópativilidad) y para verificar su asercion cita el fol. 167. que reconocido solo resulta prevenir, que llegado el caso de unirse el Mayorazgo, que funda con el principal, asigna su semolumentos à diversos fines, que no condusen à el intento, y declara que recibiò, y sus Padres, y Abuelos diversas cantidades, que se impusieron à Censo, con facultad Real, sobre el dicho Mayorazgo principal: Y de esto se ilaciona por parte del Conde: que el segundo Mayorazgo se fundò con caudales del primero, y que por este motibo entre los dos Mayorazgos no puede existir la incompativilidad. Tan delicado es el discurso, que no se percive para formar, concepto: En toda la fundacion del segundo Mayorazgo hai expressión, que instruia, lo que el alegato supone, aunque si se reconoce, que el Fundador de este segundo Mayorazgo procurò la existencia del primero, y no hallando, que esta inclinacion justifique obligacion, ò deuda en el disponente parece no ser justo admitamos por dificultad, lo que el el hecho convence ser suposicion.

Mas antes de prevenir las aplicaciones arvitrarias; el Don Juan Vicentelo Leca y Toledo dispuso: las sucesiones precisas llamando à Don Juan Luis Vicentelo, sus hijos, y descendientes, y à Don Felipe Vicentelo, y los que descendiesen de èl, y en defecto de los referidos à Doña Maria Theresa de Toledo, su hija del Fundador, y à sus descendientes fol. 166. y no se disputa ser hijo, de la Doña Theresa,

ſa, el Conde, ni el que lo fue Doña Maria Thereſa Vicentelo y Silva, hermana entera del recombenido, y madre del Marquès de Caſtromonte, y aſsi reſulta notorio en el Pleyto; luego nos hallamos en el caſo de los llamamientos preciſos, ſin conexion con lo diſpueſto en defecto de ellos; y aſsi aunque ſe quiſiera fundar (que fuera mui violento, y apreciara ſolo por raro, *juxta illud omne quod rarum eſt plus appetitur c. legimus diſtinc. 93. & cap. ſi ofitio diſtinc. 59. in fine*) que la incompativilidad ceſſaba, por haver regla llegado el tiempo de la union: A eſto ſe ſatisface, que es incondueente tratar en el tiempo de la exiſtencia, lo que es peculiar, de quando ocurra la extincion: A mas de que llegado el caſo de unirſe, ò incorporarſe no fuera. *Eque principaliter, ſed per incorporationem: Et in hoc caſu cenſetur una diſpoſitio, licet habeat in ſe conditiones contrarias, & ſi unio, ſeu incorporatio facta fuerit cum incompativilibus conditionibus, ſeu vocationibus confunditur, & eficitur una maſſa, ſeu unum corpus. Garcia de beneficiis tom. 2. part. 10. cap. 2. n. 14. lex in rem 23. §. qui cumque, & ibi: Communiter D. D. ff. de reindivicatione. Roxas de incompativ. part. 4. cap. 5. n. 35. 36. & 37.* Yà ſe advierte lo extraño de la invaſion, que ſe ha executado contra el recurſo del Marquès: Su empeño es, que la voluntad del Fundador ſe cumpla; los medios que repreſenta, parece confian en el exito, que ſolicita; dandoſe por cierta la incompativilidad, y diſcurriendo que la contradicion que ſe le ha hecho, no es para el Conde defenza, ſi convencimiento, con lo que termina eſte legal manifieſto. Sevilla, y Julio 28. de 1717.

Lic. Don Pedro Monte-Mayor, y Pizarro.